

20

POR

DON ALONSO DE IBAYZA-
balPonçe deLeon,num.13.vezino de la Ciudad de Logroño, y de la Villa de Entrena.

CON

DON GERONIMO PONZE
de Leon,num.11.vezino,y Regidor de dicha Ciudad.

Y CON

DON DIEGO PONZE DE
Leon, num. 12. vezino tambien de dicha Ciudad.

S O B R E

LA SVCCESSION EN PROPRIEDAD DEL mayorazgo que fundaron Don Iuan de Ibayzabal, y Doña Ana Fernandez Pablo, num. 1. y 2. de vnas casas principales, y cerrado, y heredad, que dizen de Alverite.

1 PRETENDE Don Alonso de Ibayzabal Ponçe de Leon, que se le declare por legitimo successor de dicho mayorazgo, y tocarle, y pertenecerle por la vacante, causada por muerte de D. Pedro de Ibayzabal Ponçe de Leon, num. 8. y de Doña Lucia de Ibayzabal su abuela, num. 5. y que se le condene à D. Geronimo Ponçe de Leon, num. 11. à la restitucion de sus bienes con frutos, y renta, desde la muerte de dicha Doña Lucia.

Poder para fundar, 18. de Iunio de 1627.

2 Este pleyto se reduce à la inteligencia de dos escrituras, que se pondràn por supuesto; y es la primera, que en el dia referido, hallandose Don Juan de Ibayzabal, vezino que fue de la Ciudad de Logroño en esta de Valladolid en cama, de la enfermedad de que muriò, otorgò su testamento, y dispone la fundacion de dicho mayorazgo, con la clausula siguiente.

CLAVSVLA.

3 *Iten es mi voluntad, y quiero vincular, y vinculo luego por via de mayorazgo, como mejor puedo, y ha lugar de derecho, vsando de las leyes de estos Reynos, y no excediendo de lo que conforme por ellas puedo disponer,*

ner, y de ſuerte que ſea, y ſe entienda deſpues de cumplidas las mandas, y legados de mi teſtamento, y ſin perjuyzio de ellas de las caſas principales, y la heredad grande, y cerrado de Alverite, que eſtà enfrente de las caſas ſuſodichas, con las cargas, y cenſos que tienen, que abaxo declararè, y quiero que ſucceda en ellos el hijo ſegundo de mis hijas, quien eſcogiere la dicha Doña Ana Fernandez mi muger, à la qual le doy poder para que haga los llamamientos para la ſucceſsion del dicho vinculo, y mayorazgo, gravamenes, y condiciones que quiſiere poner, haziendo, como hago los dichos bienes mayorazgo; conforme à los mayorazgos de Caſtilla.

4 Pone gravamen, y condicion de armas, y apellido en todos los ſucceſſores, y no lo llevando llama à el ſiguiente en grado de los que huvieſſen de ſucceder. Declarò dos cenſos, vno perpetuo, y otro à el quitar, que eſtavan ſobre dichos bienes, nombra por teſtamentarios à ſu muger, à D. Diego Ponçe de Leon, num. 4. ſu yerno, y à el Retor de la Parroquial de Santiago de dicha Ciudad de Logroño, y à cada vno inſolidum, con la calidad, que no puedan los demàs diſponer coſa alguna, ſin que intervenga Doña Ana Fernandez Pablo ſu muger.

5 E inſtituye por ſus vniverſales herederas à Doña Lucia, y Doña Maria de Ibayzabal, num. 5. y 7. ſus hijas.

Fundacion hecha en virtud de el dicho poder por Doña Ana Fernandez Pablo, num. 2.

6 En 7. de Octubre de 1631. Doña Ana Fernandez Pablo, con relacion del teſtamento de ſu Marido, è inſertandole à la letra, y diziendo como le avia

dado poder para que llamasse por su successor à el hijo segundo de qualquiera de sus dos hijas el que quisiere, y fuere su voluntad llamar, y escoger, *y despues de èl todos los demàs hijos, y descendientes de las dichas sus dos hijas conforme la susodicha los quisiere llamar*, con los gravamenes, y condiciones que le fuessen por ella puestos, vsando de dicho poder.

Primer llamamiento.

7 Llama por primer successor à Don Iuan Ponçe de Leon. num. 9. hijo segundo de Doña Lucia su hija mayor, conque se huviesse de llamar Don Iuan del Ibayzabal Ponçe de Leon, y despues de èl llama à sus hijos, y descendientes, prefiriendo el mayor à el menor, y el varon à la hembra en forma regular.

Segundo llamamiento.

8 Y evacuada la succesion de el dicho Don Iuan Ponçe, llama à Don Pedro Ponçe de Leon, num. 8. su hermano mayor, *y à falta del dicho D. Pedro Ponçe de Leon, succeda en el dicho vinculo su hijo segundo que sea legitimo, y de legitimo matrimonio, è sus hijos, è hijas del susodicho, que lo sean tambien legitimos, como el dicho su padre, prefiriendo siempre el mayor à el menor, y el varon à la hembra.*

Tercer llamamiento à la letra.

9 *Iten; que acabada la succession del dicho Don Pedro Ponçe de Leon, segundo llamado, y successor del dicho mayorazgo, quiere que lo aya, y goze, y succeda*

en

en èl, que desde luego le nombra, y llama para ello Don Diego Ponçe de Leon (num. 10.) *hijo legitimo de los dichos Don Diego Ponçe de Leon, è Doña Lucia de Ibayzabal, y hermano legitimo de los dos primeros llamados, è sus hijos, è hijas de los susodichos, è todos los demàs descendientes, de la misma forma, è manera que và dicho, è declarado en los dichos dos primeros llamamientos, y guardando la misma orden, y forma que và dicho en ellos, y declarado, y cumpliendo con las condiciones, y gravamenes en ellos contenidos, de manera, que todos los dichos llamados en dicho vinculo; y mayorazgo ayan de guardar, y guarden vna misma forma, sin alterar, ni inovar en nada la voluntad del dicho Iuan de Ibayzabal, fundador, ni la suya, y* en caso de contravencion llama à el siguiente en grado, y prosigue.

Quarto llamamiento à la letra.

10 *Y el dicho nombramiento haze en el dicho Don Diego Ponçe de Leon, con tal calidad, y condicion, que si por caso succediere el que por muerte de los dichos Don Iuan, y Don Pedro Ponçe de Leon sus hermanos, y descendientes, heredare, y succediere en el mayorazgo que dexò, è fundò el Tesorero Leon, que es el mismo que ha, y goza, y tiene el dicho Don Pedro Ponçe de Leon su hermano, de manera, que aun tiempo succeda en los dichos dos mayorazgos, que en este caso no succeda en este, que aora le ha llamado, y llama, sino que succeda en èl el hijo mayor varon que tuviere la dicha Doña Lucia de Ibayzabal de otro qualquiera matrimonio que tenga, que sea legitimo, y de legitimo matrimonio nacido, y despues dèl sus hijos, y descendientes, por la orden, y forma susodicha, y sin exceder de ella en cosa alguna, porque haziendolo los excluye, como à los demàs que lleva llamados, y sus successores.*

11 *Y en la misma forma llama, y quiere que succedan en el dicho vinculo, y mayorazgo todos los demàs hijos, è hijas que tuviere la dicha Doña Lucia, siendo legitimos, y de legitimo matrimonio, è sus hijos, è hijas de los susodichos, y demàs sus descendientes, prefiriendo, como dicho es el mayor à el menor, y el varon à la hembra, todos los quales llama, y quiere succedan en el dicho vinculo, y mayorazgo, y bienes del, con las calidades contenidas en el dicho primer llamamiento, hecho en el dicho Don Iuan de Ibayzabal Ponçe de Leon, y no de otra manera, y quiere que las guarde, y cumplan, y no lo haziendo, es su voluntad pierdan el dicho vinculo, y que succeda en el siguiente en grado.*

12 Llama despues à Don Francisco Antonio Laredo y Medrano, hijo de Doña Maria de Ibayzabal, y de Don Francisco de Laredo y Medrano, num. 7. y à sus hijos, y descendientes en forma regular, y en la misma forma en vltimo lugar à Doña Maria Luisa Bernarda Laredo, su hermana, y à sus hijos.

13 Y acabada la succession *de todos los dichos llamados*, manda fundar tres Capellanias, con distintos llamamientos, y cargas, y concluye la clausula, que se entienda en quãto à los bienes q̃ conforme à las leyes de estos Reynos puede disponer, *despues que falten los dichos llamados, y sus descendientes, y successores del dicho vinculo, y mayorazgo, y no en mas.*

14 Y entre otras condiciones, y gravamenes pone la siguiente. *Primeramente dixo, que pone por condicion, y gravamen expresso de este vinculo, y mayorazgo, que la dicha Doña Lucia de Ibayzabal, madre de los dichos llamados, por todos los dias de su vida, aya de gozar, y goze todo el vsufructo de los dichos bienes vinculados, llevandolos para si, para poder disponer de ellos como de hazienda, y bienes suyos propios, sin que en ellos los dichos llamados, ni ninguno de ellos le puedan poner estorvo, ni impedimento alguno, porque assi es su voluntad.*

15 Y para que tenga efecto reserva, assi en el primero llamamiento, como en los demàs el vsufructo para Doña Lucia, y quiere que sola ella goze por los dias de su vida, y que este gravamen se afirme, y se guarde en todo aquello que aya lugar de derecho, y que todo lo dispuesto, y todos los demàs llamamientos se entiendan debaxo de esta condicion, y gravamen, y que despues de la muerte de la dicha Doña Lucia gozen el dicho vsufructo los dichos llamados, como dicho es.

16 La succession de este mayorazgo ha discurrido poco, porque Don Juan de Ibayzabal Ponçe de Leon, num. 9. primero llamado, muriò sin tomar estado el año de 1645. y en el de 1655. muriò tambien sin succession Don Pedro Ponçe de Leon, num. 8. estando yà nacidos Don Diego, y Don Alonso Ponçe de Leon, que litigan, num. 12. y 13. y en el año de 1662. muriò Don Diego de Ibayzabal Ponçe de Leon, num. 10. sobreviviendo à todos sus tres hijos Doña Lucia de Ibayzabal, su madre, conque ninguno de ellos llegò à gozar este mayorazgo, por averle vsufrutado dicha Doña Lucia.

17 Por muerte de Doña Lucia de Ibayzabal, num. 8. se entrò en los bienes de este mayorazgo, sin contradicion Don Geronimo Ponçe de Leon, num. 11. con la ocasion de aver quedado menores Don Diego, y Don Alonso Ponçe de Leon, numer. 12. y 13. sus sobrinos, y ser Regidor de dicha Ciudad, tio, y fiador del curador de los menores.

18 Por Don Diego Ponçe de Leon, siendo yà mayor se le moviò pleyto, y puso demanda en esta Real Audiencia, à que saliò D. Alonso Ponçe de Leon, num. 13. y tiene la pretension puesta à el principio, recibiòse la causa à prueba, las filiaciones estàn probadas, como estàn en el arbol, y no se niegan, hase substanciado, y està legitimamente concluso.

El

19 El derecho, y defensa de Don Alonso de Ibayzabal Ponçe de Leon, se dividirà en dos puntos: En el primero, se fundarà la calidad de la fundacion; y como conforme à la facultad que se le diò por el fundador, Doña Ana Fernandez Pablo pudo hazer los llamamientos que en su disposicion hizo: En el segundo, la inclusion de Don Alonso, y exclusion de los demàs colitigantes.

PVNTO PRIMERO.

FVNDASE, QVE LA SVCCESSION DE Este mayorazgo se ha de regular por los llamamientos hechos por Doña Ana Fernandez Pablo, y como tuvo poder, y facultad para poderlos hazer.

20 Certissima, y comun resolucion es, que la facultad, y poder del Comissario, se ha de regular por el que le diò, y quiso dar el testador, yà sea absoluto, y libre, yà limitado, ò regulado, cuius fines, & forma diligenter sunt custodiendi, *leg. diligenter 5. ff. mandati, cap. cum dilecta 22. de rescript. cap. qui ad agendum 4. de procurat. in 6. leg. 31. Taur.* Bald. *in leg. id quod pauperibus, Cod. de Episcop. & Cleric. numer.* 14. vers. *Venio ad quartum*, Caldas Pereyra *de nominat. emphyteut. lib. 2. quæst. 15. num.* 7. qui agit circa electionem. Y en terminos de mayorazgos, D. Paz *de tenuta, cap. 34. num.* 117. D. Castillo *lib. 4. controv. cap. 36. ex num.* 36. Carpio *de execut. lib. 2. cap. 19. num. 48. & 49* Noguerol *alleg. 9. num. 56. & 57.* Rojas *de incompatibilit. 1. part. cap. 6. num. 357.*

21 Porque el Comissario es vn mandatario, y su comision vna especie de mandato, y lo mismo corre en el executor testamentario, cuya obligacion

de

de vno, y otro se reduce à cumplir, y executar lo que el testador dispuso, que se executasse despues de su muerte, *cap. Ioannes 19. de testamentis*, ibi: *Mandans insuper*, y mas abaxo: *Post mandatum susceptum, leg. si vero 12. §. fin. ff. mandati, leg. & siquis 14. §. si cui funeris 2. ff. de religiosis, & sumptibus funerum*, Flores de Mena *lib. 1. variar. quæst. 19. §. 4. num. 39.* Piñeyro *in appendice ad tract. de testam. disp. vnic. sect. 3. §. 1. numer. 160.* Carpio *de executorib.* en varias partes, *in lib. 3. cap. 11. ex num. 12. & in lib. 2. cap. 17. ex num. 3. & lib. 4. cap. 1. num. 1. & in lib. 1. cap. 1. ex num. 38.* donde distingue el Comissario del testamentario, en que este es vn nudo, ò mero executor, à quien solo se le comete la execucion de lo que por si dispuso el testador; y el Comissario es mixto con poder para disponer, distribuir, y arbitrar, quia æquiparatur executori rei iudicatæ mero, aut mixto, quibus congruit, D. Paz *de tenut. cap. 34. num. 75.*

22 Y asi para reconocer lo que pudieron hazer, y si se arreglaron, ò obraron con excesso, se ha de tener presente el tenor de su nombramiento, y la clausula, y contexto dèl, vt rectè Bald. *in leg. id quod pauperibus, Cod. de Episcopis, & Clericis, num. 14.* vers. *Venio ad quartam*, his verbis: *Præmitto quod potestas executorum pendet ex testamento, vel alia voluntate, vndè quærentibus de potestate executoris, inspiciendus est ante omnia tenor vltimæ voluntatis, circa, an, quando, qualitèr, & cui, vel quibus*, à quien sigue Noguerol *vbi sup. num. 57.* Flores de Mena *dict. num. 39.*

23 Arreglandonos pues à este principio, y regla, la facultad, y comision que diò D. Juan de Ibayzabal à Doña Ana Fernandez Pablo su muger, en el testamento que otorgò en esta Ciudad de Valladolid, fue en quanto al primer llamamiento, expecial, y limitada para que le hiziesse en el hijo segundo de vna de sus hijas, ex illis verbis: *Y quiero que succeda en ellos el hijo segundo*

C *gundo*

gundo de mis hijas, quien escogiere la dicha Doña Ana Fernandez mi muger; pero en todos los demàs fue absoluta, y general para hazer llamamientos, poner condiciones, y gravamenes los que quisiere, ibi: *A la qual le doy poder para que haga los llamamientos para la succession de dicho vinculo, y mayorazgo, gravamenes, y condiciones, que quisiere poner.*

24 Que esta facultad sea libre, no parece digno de controvertirse; porque dize, que haga los llamamientos para la succesion del vinculo, y que estos sean los que quisiere, cuyas palabras, y clausula son las mas claras de que pudo vsar para comprehender vna libre, y amplia facultad, y assi vsan de ellas, id est, verbo: *Volo, vel volueris*, los Jurisconsultos, y sus interpretes, para manifestar, que es absoluto, y libre el poder, *leg. cum quidam* 24. *ff. de legatis* 2. ibi: *Rogo restituas libertis meis, quibus voles, Marcelus putavit posse hæredem, & indignum præferre, leg. statu liberum* 11. *ff. eodem tit. leg. hæredes mei* 57. §. *Peto de te, ff. ad Trebel.* ibi: *Vel cognatis meis, si cui voles, ex tota cognatione mea*, que entiende Papiniano por tan absoluta esta eleccion entre los parientes, que no cabe excesso, eligiendo à qualquiera de ellos, his verbis: *Deficiente vero gradu nepotum, ex cognatis quam velit personam eligi posse, leg. fideicommissa* 11. §. *si sic fideicommissum*, in vers. *Quamquam, de legat.* 3. *leg. apud Aufidium* 20. *ff. de optione, vel electione legata*, ibi: *Vestimenta quæ volet*, simul cũ illis verbis: *Si is dixisset, quæ vellet, leg. fideicommissa libertas* 46. *ff. de fideicommiss. libertatib. leg.* 29. *tit.* 9. *part.* 6. D. Mol. *de primog. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 4. vbi Addentes, qui his verbis explicant liberam facultatem: *vt inter filios, & filias, quem vellet, ad maioratus successionem eligat*, & idem D. Molin. *dict. lib.* 2. *cap.* 11. *ex num.* 35. Ioannes Gutierrez *pract. lib.* 2. *quæst.* 67. *num.* 3. Mieres *de maiorat.* 1. *part. cap.* 73. *à num.* 1. Zevallos *commun. quæst.* 265. *ex num.* 5. D. Castillo *quotid. lib.* 4.

cap.

cap.36.num.47.& in numer.fin.verʃ.fin. D. Paz *dict. quæſt.34.num.*106.ibi:*Secundo quia cum facultas data ſit à coniuge eligendi, quem voluerit ex filijs, vel filiabus, prædicta diſpoſitio liberam eligendi poteſtatem denotat.*

25 Conque aviendo ſido la facultad de Doña Ana Fernandez abſoluta para hazer los llamamientos que quiſieſſe, con que el primero fueſſe en el hijo ſegundo de qualquiera de las dos ſus hijas, y aviendoſe arreglado à ſu comiſsion en el primer llamamiento, que no fue tan libre, pues le hizo en Don Juan, hijo ſegundo de Doña Lucia ſu hija mayor, de qualquiera modo que ſe conſidere; en quanto à los demàs llamados, ſu diſpoſicion debe eſtimarſe por valida, y arreglada, y que obrò ſin exceſſo, vt notat Aguila ad Rojas 1. *part.cap.6.num.*387.

26 Porque eſte es el efecto de la libre facultad, y lo que comprehende el poder hazer el mayorazgo irregular, de agnacion riguroſa, artificioſa, ò ficta, ò de eleccion, ò dando prelacion à el menor, reſpecto del mayor, à el ſegundo, ò tercio genito, reſpecto del primogenito, à el mas remoto, poſtergando à los mas proximos, ò en otra qualquiera forma, *dict. leg. cum quidam* 24.*de legat.*2.*leg. vnum ex familia* 67.§.*ſi de falcidia*, ibi: *Eodem, vel diſpari gradu, ff. eodem tit.* vbi Bart.*num.*4.& Bald.verſ.*Atque primo notabili*, D. Molin.*dict.cap.*5.*num.*4.*cum ſeq.*vbi cum Ioanne Gutierrez, Zevallos, D. Caſtillo, & alij Addentes, in eodem numero, D. Paz *dict.cap.*34.*num.*37. donde ſigue, y funda, que puede eligir à la hija, dexando al hijo, Carpio *de exequtorib.lib.*2.*cap.*19.*nu.*48.*y* 49. Rojas *dict. cap.6.ex num.*358.vbi latè Aguila.

27 Porque como dize Baldo *in dict.verſ.* y con èl el ſeñor Molina, el Comiſſario que ſe halla con ſemejante poder, *non tenetur ordinem ſervare*; porque la que le diò el teſtador en quanto à los llamamientos, fue la de ſu miſma voluntad, que llamaſſe à quien quiſieſſe,

8

ſieſſe,y aſsi pudo hazer todo aquello que pudo el fundador,pues todo ſe lo cometiò;y como ſi el fundador huviera hecho los llamamientos que hizo ſu muger, ſiendo,como fueron entre ſus deſcendientes , no avia duda en ſu validacion,aſsimiſmo no la debe aver,aviẽdoſe hecho por Doña Ana Fernandez,en virtud de ſu poder,quia æquiparatur facultati , *leg.* 27. *Tauri*,illa, quæ datur à teſtatore ſuo Commiſſario,Tello Fernandez *in leg.* 33. *Tauri*,*num.*4.verſ. *Tertius caſus*, Angulo *in leg.* 3. *tit.* 6. *de las mejoras*,*lib.* 5. *Recop.gloſſ.* 4. *numer.*4.verſ. *Idem ſi iuſsit*,Mieres *de maiorat.* 1. *part. quæſt.*48. *num.* 11. ibi: *Cum commiſſarius,cui à teſtatore fuit data poteſtas meliorandi vnum ex filijs , habeat quantum ad hoc eandemmet poteſtatem, quam teſtator habeat,faciendi electionem inter filios ad meliorationem tertij,& quinti*,quos ſequitur D.Paz *dict.cap.* 34. *num.* 110.D.Caſtill. *dict.cap.* 36. *num.*46. *& num.* 50. Aguila *vbi ſup.num.* 396. Y tambien ſe equipara à el que funda mayorazgo en virtud de facultad Real , que le puede hazer regular,ò irregular, vt ait idem D.Paz *numer.* 113. luego eſto miſmo pudo hazer Doña Ana.

28 Y lo miſmo es en la facultad general , è indefinita para hazer llamamientos, aunque no ſe dixeſſe los que quiſiere;porque produce el miſmo efecto,aliàs non eſſet nominatio,nec electio , gloſſ. verb. *Vni*,*in dict.leg.ſi vnum ex familia*, §. *ſi de falcidia de legat.*2. ibi: *Etiam vlteriori ; quia hic habebat electionem,vt ff.eodem,leg.cum quidã.*Cum pluribus Mieres *de maiorat.* 1. *part.quæſt.*7. *num.* 17. *& quæſt.*72. Gutierrez *lib.*2. *pract.dict.quæſt.*67. *num.* 3. Tonduto *quæſt. civil.cap.* 51. *num.*9. Carpio *de execut.lib.*2. *cap.* 3. *numer.*8. *&* 9. Maldonad. ad D.Molin. *dict.lib.*2. *cap.* 5. *ad num.*4. verſ. *Quando vero*, Aguila ad Rojas *dict.* 1. *part. cap.*6. *num.* 388. ibi: *Quibus conſequens eſt,vt ſivè ſimpliciter facultas data ſit , ſivè abſolutè conceſſa poterit Commiſſarius,dum voluntati teſtatoris ſe non opponat,*

ma-

maioratum regularem, vel irregularem facere.

29 A que no obsta lo que se opuso al tiempo de la vista, que el poder, y facultad por su naturaleza es stricti iuris, y debe limitarse, y no ampliarse, y que el que tiene poder para fundar mayorazgo, se ha de entender interpretandole, segun la materia sugeta, y naturaleza de los mayorazgos, para que le funde, y haga regular, y ordinario, y no con llamamientos irregulares, ex latè aductis à D. D. Christophoro de Paz *dict. cap. 34. ex num. 117.*

30 Porque se responde, que la sentencia de el señor D. Christobal de Paz no es tan cierta, q̃ no tiene grande razon de dudar, y assi sigue la contraria, y latamente la funda D. Fernando de la Aguila in additionib. ad Rojas *de incompatib. 1. part. cap. 6. ex num. 369. vsque ad* 411. omnino videndus, por ser todos sus fundamentos muy à el intento.

31 Ademàs de no ser aplicable à los terminos de esta causa; porque lo que disputa el señor Paz, es, quando la comission, y facultad solo fue para fundar mayorazgo, y no para hazer llamamientos, y assienta, y concluye, que por no tener poder para llamar à los que han de suceder, ni para instituir, ni substituir, que es llamar successivamente, y por sus grados à vnos despues de otros, ni aun los llamamientos regulares podia hazer, vt notat *in num.* 125. *& seq. maximè num.* 128. ibi: *De iuris itaque rigore Commissarius, neque regulares etiam substitutiones facere posset; ideò tamen substinentur, quia ex natura maioratus veniunt, non vero ex natura commissionis.*

32 Y la facultad de Doña Ana fue distinta, porque no fue para fundar mayorazgo, que este le dexò fundado su marido, ex illis verbis: *Quiero vincular, y vinculo luego por via de mayorazgo*, sino para hazer llamamientos los que quisiesse, como està fundado, que es lo mismo que para instituir, y substituir, llamar

à vnos,y dexar à otros,y de ſemejante facultad no negò,antes bien reconociò,y confeſsò aquel tan grave, y docto Senador,que podia llamar à la hija, prefiriendola à el hijo,travar del mas remoto , y omitir à el mas proximo,y hazer otros llamamientos irregulares, como conſta de los lugares yà citados,& hanc diſtinctionem notat in num. 120.& 121.quatenus diſtinguit inter fideicommiſſum relictũ familiæ, vel inter perſonas familiæ,porq̃ en el ſegundo caſo ſe le permite el hazer llamamientos,y puede llamar al mas remoto , y en el primero,que le equipara à el poder para hazer mayorazgo,deben ſucceder los mas proximos: Luego la ſentencia del ſeñor Paz,no es contraria.

33 Y eſta diſtincion comprueba el ſeñor Molin.*dict.lib.2.cap.5.num.6.* y con ella entiende la ſentencia del ſeñor Gregor.Lopez *in leg.3.tit.13.part.6.*verbo: *Mugeres,colat.3.*verſ.*Ex his inferre poteris,& in leg.2.tit.15.part.2.*in verbo: *Hijo varon*,que habla en terminos,no de libre facultad para eligir,ſino limitada para fundar mayorazgo, quem ſequitur , y la funda latamente D.Caſtillo *lib.4.controv.cap.36.à numer-46.in fin.& num.68.& 71.*donde reſponde,y ſatisface à el lugar del ſeñor Paz.

34 Ni obſta lo ſegundo, que ſe opone de que ſemejante facultad no ſe entiende para hazer incompatible eſte mayorazgo con otro no fundado por el miſmo teſtador,como ſe quiſo probar, ex ſententia Mieres *de maiorat.1.part.quæſt.44.num.* 80. & *quæſt.48.num.68.*Noguerol *alleg.9.num.72.*quos refert, & ſequitur D.Alfonſo del Aguila,ad Rojas 1.*part.cap.6.num.145.*

35 Porque eſtos DD.hablan en los miſmos terminos del ſeñor D.Chriſtobal de Paz,quando la facultad es limitada ſolo para hazer mayorazgo , ò para poner condiciones,y vinculos,y no para ſubſtituir, ni llamar,y quando los llamamientos los dexa hechos el fun-

fundador;porque no puede el Commissario en virtud de semejante poder alterar dichos llamamientos vt ait Mieres *dict.num.*68.ibi: *Nec alterare potuisse successionem filij maioris, quem dispositio testatricis, iura, & consuetudines Hispaniæ vocabant*, y dà la misma razon, *in dict.num.*80.y fuera alterarlos, si excluyera à el primogenito que tenia llamamiento, por hallarle posseedor de otro mayorazgo.

36 Y nuestro caso es muy distinto, porq̃ la facultad fue para hazer llamamiẽtos, y como pudo absolutamẽte excluir à el hijo mayor, y à los siguientes, y llamar à qualquiera de ellos, pudo tãbien llamar à el q̃ no posseyesse otro mayorazgo, haziendole irregular, ex causa incompatibilitatis, como con el mismo Mieres, y otros se explica, y funda, Aguila *dict.cap.*6.*ex num.* 408. ex illis verbis: *Vt incompatibilitatis conditio, & num.* 409. ibi: *Vel si expressè libera in eius voluntatem committatur facultas, poterit maioratum irregularem instituere cum conditionibus, & gravaminibus incompatibilitatem inducentibus, vel maioratum electivum facere, agnatitium, vel irregularem ad familiæ nomen, & arma testatoris conservanda, ea forma, & modo, quo ipse, qui commisit facere posset, quæ sententia communitèr à DD. probata est*, & in num. 410. entiende à Mieres, y Noguerol, que hablan de facultad limitada, y no libre.

37 Y no es estimable el dezir, que dicha facultad se ha de limitar à los nietos yà nacidos, y no se ha de entender con los demàs descendientes; porque siendo, como es la fundacion perpetúa, ex natura maioratus, assi respecto de los yà nacidos, como para los que despues procedieren; la facultad, que no se limitò, sino que fue absoluta para hazer los llamamientos, produce su efecto para con vnos, y con otros, D. Molin. *lib.*2. *cap.* 4. *num.*7. D. Castillo *dict. cap.* 56. *ex num.* 57. *cum sequentib.* donde dà esta razon: *Nam si inter liberos primi gradus, iam natos, & à matre cognitos, sicque affectione*

ne

ne particulari dilectos, ita libera datur electio, à maioritate rationis concessa censeri debet inter descendentes vlteriores non natos, nec cognitos, in quibus particularis affectio adesse non potuit, & videndus num. 71. versic. *Quoad quartum.*

38 Y asimismo no obstan las vltimas palabras de dicha clausula, ibi: *Haziendo, como hago los dichos bienes mayorazgo conforme à los mayorazgos de Castilla*; porque hablan en quanto à la calidad de los bienes, para que sean inenagenables, imprescriptibles, y lo principal para que no se puedan partir, ni dividir, quod est proprium bonorum maioratus, & de eius natura, *leg. 2. tit. 15. part. 2.* D. Molin. *lib. 1. cap. 3. num. 6. & tot. cap. 11.* por cuya causa providamente los bienes dixo, que fuessen mayorazgo conforme à los mayorazgos de Castilla, sin dezir, que en la succesion se observasse el orden regular; porque en Castilla conforme à su orden, se dan, y practican bienes de mayorazgo con llamamientos regulares, ò irregulares, *leg. 40. Tauri*, ex vers. *Salvo si otra cosa*, D. Vela *dissert. 49. à num. 45* Rojas *de incompatib. 1. part. cap. 6. §. 1. n. 21. & 22.* vbi Aguila, de que se sigue que bien cabe, q̃ los bienes sean de mayorazgo cõforme à los mayorazgos de Castilla, y que el mayorazgo sea incompatible, ò en otro modo irregular.

39 Y de admitirle en otro sentido fuera del todo contrario à lo mismo que estava disponiendo; porque, si en las vltimas palabras, à que se siguen estas, dà poder à Doña Ana Fernandez su muger, para que haga los llamamientos que quisiere, y para que pusiesse qualesquier gravamenes, y condiciones que fuere su voluntad, y que el primer llamado huviesse de ser vno de sus nietos, el segundo de qualquiera de sus dos hijas, y todo esto repugna al mayorazgo regular, y à su naturaleza, si el dezir que hazia los bienes, que nombra mayorazgo conforme à los mayorazgos de España, se hu-

huviera de entender en quanto à los llamamientos, para que fuessen regulares, fuera omnimodamẽte opuesto à toda su disposicion, lo qual no debe presumirse, que tan incontinenti quiso corregirse, maximè in vna, eademque oratione, *leg. non ad ea* 89. *ff. de condition. & demonst. leg. penult. Cod. per quas person. nob. adquir.* vbi Bald. *in fin.* Menoch. *lib. 4. præsumpt.* 140. *num.* 32. & *præsumpt.* 165. *num.* 4. Valasc. *in locis communibus, lit. C. n.* 245. Rojas *de incompat. 4. part. cap. 5. nu.* 24. ni que ay tal contrariedad, ni repugnancia, como abaxo se dirà.

40 Con lo qual concurre la declaracion de Doña Ana, en que dize, como se la diò libre poder, y facultad, ibi: *Y despues de èl* (habla del hijo segundo de alguna de las dos sus hijas) *todos los demàs hijos, y descendientes de las dichas sus dos hijas, conforme la susodicha los quisiere llamar*, cui, & eius executioni est standum, quia presumitur notam sibi fuisse voluntatem testatoris, Bald. *cons.* 259. *lib.* 4. & *in cons.* 468. *lib.* 1. Mantic. *de coniect. lib. 3. tit. 1. num.* 20. Mieres *de maiorat. 1. part. quæst.* 44. *ex numer.* 14. D. Castillo *tom. 6. controv. cap.* 184. *numer.* 1. Carpio *de executorib. lib. 2. cap. 5. num.* 14. & 15. & *lib. 3. cap. 5. num.* 16.

41 Y assimismo la observancia que ha tenido desde la fundacion, que ha sido conforme à los llamamientos de dicha Doña Ana, posseyendo solo Doña Lucia, y no sus hijos, por la qual, aunque solo fuera de diez años, se explica, declara, è interpreta qualquiera disposicion, *leg. si de interpretatione* 37. *ff. de legib. cap. cum dilectus de consuetudine, leg. 4. tit. 33. part.* 7. D. Molin. *lib. 2. de primog. cap. 6. num.* 57. & 58. D. Castillo *lib. 5. controv. cap. 93. toto*, §. 7. D. Salgad. *de supplicat. 1. part. cap. 9. num.* 12. Barboss. *vot.* 72. *num.* 9. Pegas *resol. cap. 4. num.* 121.

42 Conque queda fundado, que Doña Ana Fernandez, aviendo llamado en primero lugar al hijo

ſegundo de Doña Lucia de Ibayzabal, vna de las dos ſus hijas, que fue lo que eſpecialmente le encargò Don Juan de Ibayzabal, fundador, ſu marido, todos los demàs llamamientos de Don Pedro, ſu nieto mayor, num. 8. hijo primogenito de Doña Lucia, de ſus hijos, y deſcendientes, prefiriendo à el ſegundogenito; porque el primogenito avia de ſucceder en el mayorazgo del Teſorero Leon: de Don Diego, num. 10. y de ſus hijos con la miſma calidad, y preferencia, y el llamamiento para el vſufructo de la miſma Doña Lucia, à quien tambien pudo llamar, les pudo hazer ſin exceſſo, mediante la libre facultad que para ello tenia, baſtãte para poder aver llamado à qualeſquiera de ſus hijas, ò nietos, y otros deſcendientes con llamamientos regulares, ò irregulares, ſin alguna reſtriccion.

PVNTO SEGVNDO.

INCLVSION, Y LLAMAMIENTO DE DON Alonſo de Ibayzabal Ponçe de Leon, num. 13. y excluſion de los demàs que litigan.

43 Aſſentada, y fundada la facultad, y poder de Doña Ana Fernandez, y como fue abſoluto, y libre; la duda de eſte pleyto ſe reduce à reconocer conforme à ſus llamamientos, y diſpoſicion, y la de ſu marido, quien ſe halla con mejor derecho, y por averſe de regular por el fin, y concepto de la voluntad, que ha de reſultar de toda la diſpoſicion, en breve reſumen ſe reduce à lo ſiguiente.

44 Llama Doña Ana en primer lugar à D. Juan de Ibayzabal, num. 9. hijo ſegundo de ſu hija mayor, y à todos ſus hijos, y deſcendientes en forma regular, y deſpues de ellos à Don Pedro de Ibayzabal, num.

8.

8.su nieto mayor, hijo de la misma Doña Lucia, y à su hijo segundo sus hijos, y descendientes en la misma forma regular.

45 Y despues de la succession de dicho D. Pedro, y estando toda evacuada, porque la pone en condicion, dize succeda Don Diego Ponçe de Leon, num. 10. hijo tercero de la dicha Doña Lucia, y llama à sus hijos, è hijas, y descendientes, como avia llamado à los dos sus hermanos en los dos primeros llamamientos, con declaracion de que en todos se ha de guardar vna misma forma.

46 Previene, que si Don Diego Ponçe aun tiempo succediesse en los dos mayorazgos; el fundado por el Tesorero Leon, y este de Ibayzabal, que en este no huviesse de succeder, y le avia de obtener el hijo mayor varon, que de otro matrimonio tuviesse Doña Lucia su hija, y à sus hijos, y descendientes, y vltimamente passa à llamar à los demàs hijos de Doña Lucia, y de Doña Maria de Ibayzabal, num. 7. sin que los hijos de dicho Don Diego, num. 10. tengan otro llamamiento, que el que les avia hecho en tercero lugar, el qual no revocò, ni reformò, y à Doña Lucia la llama para el gozo, y vsufructo de este mayorazgo por todos los dias de su vida.

47 Por Don Alonso de Ibayzabal Ponçe de Leon, se dize, que atendida esta serie, y orden de los llamamientos, parece le tiene literal, y claro, por verificarse en èl las tres condiciones, que previenen los DD. por necessarias, para incluirse en vna succession, *se vocatum esse; habere qualitatem, sub qua vocatus est, & casum sua substitutionis pervenisse, ex leg. 2. §. defertur, ff. de bon. possession. secund. Tabul. leg. quandiu 3. leg. quandiu 69. ff. de adquir. hared. leg. 1. Cod. quor. bonor.* Burgos de Paz *cons. 34. num. 21.* D. Valenç. Velazquez *cons. 97. num. 216.* D. Larrea *decis. 33. num. 33.*

48 Porque *se vocatum esse*, consta literalmente

te en el tercero llamamiento, en que eſtà llamado Don Diego Ponçe de Leon, num. 10. ſu padre, ibi: *E ſus hijos, è hijas, è todos los demàs deſcendientes.*

49 *Habere qualitatem, ſub qua vocatus eſt,* tiene menos duda, porque no contiene otra calidad el llamamiento, ſino la de hijo legitimo de dicho D. Diego, la qual conſta, y eſtà probada, y no admite alguna duda, ni ſe controvierte.

50 Et ſimilitèr, no la tiene, *caſum ſuæ ſubſtitutionis perveniſſe*; porque Don Juan, y Don Pedro de Ibayzabal, primeros llamados, murieron ſin ſucceſſion: tambien Don Diego de Ibayzabal, numer. 10. ha muerto, aunque con deſcendientes: deſpues dèl en primero lugar ſe hallan llamados ſus hijos. Eſte es el caſo de la ſubſtitucion, y llamamiento en que eſtamos, por averſe evacuado, y fenecido todos los antes llamados; en eſte tiene ſu llamamiento Don Alonſo, y no ſe le hallarà otro en la fundaciones: Luego bien prueba la tercera condicion, *perveniſſe caſum ſuæ ſubſtitutionis*; como hijo varon de dicho Don Diego Ponçe, ac per conſequens, ſu incluſion para poder obtener.

51 A que no obſta el dezir, que en eſte miſmo llamamiento de los hijos de Don Diego le tienen los demàs hermanos de Don Alonſo, y que aviendo de preferir el mayor al menor, y el varon à la hembra, ſe halla con primero llamamiento Don Diego Ponçe, numer. 12. y que en eſta conſideracion, aunque ha llegado el caſo del llamamiento de los hijos de Don Diego Ibayzabal, nù. 10. como ha de ſer por ſus grados, y edades, no ha llegado el de Don Alonſo, por ſer ſegundogenito.

52 Porque ſe reſponde, que en eſte tercero llamamiento, y en el que en èl tienen los hijos de Don Diego, num. 10. la forma de ſucceder, es referente à los dos primeros, ibi: *De la miſma forma, y manera, que và dicho, y declarado en los dichos dos primeros llamamien-*

tos,

tos,y guardando la misma orden,y forma que và dicho, y declarado en ellos. Y es tanta la fuerça de esta clausula, que se estima por repetido lo vltimamente dispuesto, aunque sea para excluir à las hembras,y à los que tienen mejor linea;D.Molin.*lib.3.de primog.cap.5.num.* 65. que dize ser caso tan claro,que elide,y quita toda disputa,ibi:*Cessat nãque disputatio, vbi in verbis nulla ambiguitas invenitur;leg.ille;aut ille* 25.§.*cum in verbis,ff.de legatis* 3.Fussar.*de substit.quæst.*403.*num.*39.

53 En el inmediato,y mas proximo llamamiento està preferido el hijo segundogenito, que tuviesse Don Pedro à el primogenito, que avia de succeder en el mayorazgo del Tesorero Leon: Luego si en este de los hijos de Don Diego se ha de guardar la misma forma,y orden,quien se halla con primero,y literal llamamiento,es Don Alonso,hijo segundo de D. Diego,y no Don Diego su hermano, que como primogenito està posseyendo el dicho mayorazgo del Tesorero.

54 Y no es estimable lo que se opone por Don Diego,num.12.de que aviendo sido dos los llamamientos,que avian precedido de hijos,y descendiẽtes,y con tanta diversidad,que el vno es regular, y el otro irregular;porque en el primero,que es en los de Don Juan,num.9.solo dize,que prefiera el varon à la hembra,y el mayor al menor,y en el segundo, y mas proximo,è inmediato de los hijos de D.Pedro, prefiere el hijo segundo al primogenito;en este de los hijos de D.Diego,dize se guarde la forma, y orden de succeder de ambos los dos primeros llamamientos; esto dize parece repugnante,perplexo,è incompatible, invicem enim se obstant,que vn mismo llamamiento sea regular,è irregular,*leg.invicem* 43.*ff.de hæredib.instit.* y que debe tenerse por nulo,ratione perplexitatis,*leg. si Titius* 16.*de condit.& demonst.leg.qui solvendo* 42. *cum seq.de hæredib.instit.leg.vbi repugnantia* 188.*ff.*

 de

de regul.iur.D.Caſtillo *lib.3.controv.cap.10.num.22.*

55 Porque eſto ſe entiende, quando la diſpoſicion es tan repugnante, que por ningun modo ſe puede concordar,ni tener ſentido;pero ſi puede tenerle,ſe le ha de dar para que ſubſiſta lo diſpueſto,y no falte,vt tradit cum alijs Rojas 4.*part.cap.* 5. *numer.* 25. *&* 26.

56 Y aqui no ay contradicion,ni repugnancia;porque ſe ha de entender eſte llamamiento con la diverſidad de caſos,ſegun los que avia prevenido dicha Doña Ana,en los dos llamamientos,relatos.En los hijos de D.Juan,como los conſiderò,ſin otro mayorazgo,por tocar à D.Pedro,num.8.y à ſu linea el mayorazgo del TeſoreroLeon,llamò al primogenito,y à todos los deſcendientes por ſus lineas,y grados,ſin alguna irregularidad;pero en los hijos de D. Pedro, como el mayor avia de ſucceder en dicho mayorazgo del Teſorero Leon,no le llama en primero lugar, y llama al ſegundogenito,y eſto es lo que quiſo ſe obſervaſſe en los hijos de D.Diego,que ſi el mayor no poſſeyeſſe el mayorazgo de dicho TeſoreroLeon,ſe avia de guardar la forma,y orden dada en los hijos de D.Juan; y ſi lo poſſeyeſſe,que es el caſo en que eſtamos,la dada en los hijos de D.Pedro,para que el hijo ſegundogenito, que es D.Alonſo ſuccedieſſe en eſte mayorazgo, y no D.Diego,que tiene el de dicho Teſorero,y aſsi ſe entiende,y verifica la diſpoſicion, como eſtà, ſin opoſicion,ni contrariedad;la qual no ſe preſume de alguna diſpoſicion,& ſemper vitanda,& diſpoſitio concilianda,*dict.leg.vbi repugnantia* 188.*ff.de reg.iur. leg.*1.§.*nulla,& leg.2.in princ. & in* §.*contrarium,Cod.de veter.iur. enucleand. cap. cum expediat* 29.*de elect. in* 6. Surd.*deciſ.*276.*nu.*3.Barb.*in axiomat.iur. axiom.* 58. *num.*1.Valaſc.*in loc.communib.lit.C.num.*218.

57 Lo qual es mas cierto atendido,que para evitar la contrariedad ſe han de procurar diſtinguir,

qua-

qualesquier casos, y admitir todas las divisiones que puedan prevenirse, y considerarse, conciliando en todo la disposicion, vt rectè tradit, *ex leg. qui quadringenta 38. ff. ad leg. falcid.* Philip. Decius *in dict. leg. vbi repugnantia, num.* 4. his verbis: *Et quæ suprà dicta sunt de contrarietate, procedunt quando est præcissa contrarietas, quæ tolli non potest; secus si removeri potest, distinguendo, quia dispositio, si fieri potest, ita intelligi, & interpretari debet, ne contradicat, vt in instrumento probatur, in cap. inter dilectos de fide instrum. §. cæterum*, y mas abaxo: *Et in omnibus dispositionibus hoc habet locum, vt per distinctionem, si fieri potest, cõtrarietas removeatur.*

58 Idem tenent Everard. *in loc.* 115. *de perplexis*, vers. *Et idem generaliter*. Barbos. & Valasc. vbi suprà D. Castillo *lib. 3. controv. cap.* 10. *ex num.* 18. Rojas *de incompat. part. 4. cap. 5. ex num. 1. maximè num.* 11. ibi: *Etiamsi ad evitandam perplexitatem, sivè contrarietatem dispositionum, conditionum, vel vocationum, necesse fuerit dividire casus, vel personas distinguere, vel subdistinguere: quia interpretatio fieri tunc debet, dividendo, distinguendo, vel subdistinguendo, admittendo aliquid ex contrarijs respectu vnius personæ, vel casus, & non respectu alterius; ita extendunt, & advertunt omnes suprà dicti DD. & maximè Cravet. cons. pro genero, à numer.* 305. *Surd. cons.* 487. *num.* 4. & 5. Rosa *consult.* 69. *num.* 144.

59 Lo qual tambien se entiende, aunque fuesse necessario impropiar las palabras, y lo que mas es aun suplirlas, por la voluntad presumpta del que dispuso; porque todo esto permite la ley, antes que la repugnancia, y contrariedad, vt ex dict. legib. docet cum pluribus idem Rojas *vbi sup. num.* 13.

60 En esta clausula, y llamamientos, ni es necessario suplir, ni sacar de su propio sentido las palabras de la disposicion, sino dividirla, y distinguirla, como en los llamamientos relatos, la distinguiò la comissaria. El caso en que el primogenito posseyesse el mayoraz-

yorazgo del Teſorero Leon, de aquel en que no le poſſeyeſſe, para que en el primero entre el hijo primogenito, y en el ſegundo Don Alonſo, como ſegundogenito; y aſsi ſucceden los hijos de D. Diego, guardando el modo, y forma de ambos los primeros llamamientos, ſin que en eſto aya contrariedad, que es lo que geminadamente en vna clauſula ſe puſo, y pidiò, demonſtrando ſu enixa voluntad, de que ſe guardaſſe la forma, y orden de ambos llamamientos; *ex leg. Balliſta 32. ff. ad Trebell. leg. quingenta 12. ff. de probat. leg. ſi mulier. 22. Cod. ad Velleian.* Seſsè *deciſ. 230. numer. 14.* Surd. *conſ. 10. num. 54.* Giurb. in conſuetud. Meſſan. *cap. 1. gloſſ. 3. num. 1. & 2.*

61 Y es muy propio, y conforme de qualquiera diſpoſicion referente, que ſiendo à diverſos caſos, y llamamientos, ſe aya de entender, ſicut illis congruit, *referendo ſingula ſingulis, ex leg. quoties 10. Cod. famil. erciſcund. leg. pluribus 140. ff. de verbor. oblig.* & cum Bartul. Abbat. & alijs Caſanat. *conſ. 57. num. 37.* Marta *conſ. 78. num. 6.* D. Caſtillo *tom. 6. controv. cap. 181. num. 33.* Cyriac. *tom. 1. controv. cap. 90. num. 38. 39. & 40.* ibi: *Relatio enim in implicitis orationibus fieri debet, vt ſingula ſingulis congruè referantur; & in controv. 174. nu. 1. & 2.* quos refert, & ſequitur Aguſtin. Barboſ. *vot. 126. ex num. 320.*

62 Y no ſin efecto, aviendo en los primeros llamamiẽtos en cada vno de ellos expreſſado, que prefirieſſe el mayor al menor, y el varon à la hembra, aqui lo omitiò, contentandoſe con poner dicha clauſula referente, para comprehender todos los caſos, el del primogenito poſſeedor de otro mayorazgo, y el de no poſſeedor; y porque la miſma razon que tuvo para dar eſta forma de ſucceder entre los hijos de Don Pedro, ſe conſidera en los de D. Diego; pues, ni vnos, ni otros eran nacidos, conque no puede darſe entre ellos afeccion eſpecial, & ex identitate rationis eadem intelligitur

tur dispositio, *leg. cum pater* 77. §. *dulcissimis, ff. de legat.* 2. *leg. nomen debitoris* 34. §. *fin. ff. de legat.* 3. *leg. fin. ff. de hæred. instit.* latè D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *ex num.* 7. vbi plures Addent.

63 Y porque la voluntad se ha de entender racional, y vniforme, y vnos llamamientos explicarse por otros, *leg. qui filiabus*, vbi latè Jason. *ff. de legat.* 1. *leg. Lucius Titius* 78. §. *pater puerum, ff. ad Trebell. leg.* 1. *Cod. de impuber.* D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 6. Surdo *consf.* 89. *num.* 36. D. Castill. *lib.* 5. *controv. cap.* 82. *num.* 46. D. Larrea *decis.* 33. *num.* 18. & *decis.* 54. *num.* 8.

64 Y quando el referente se huviera de limitar, avia de ser de calidad que fuesse al llamamiento mas proximo, Noguerol cum alijs, *alleg.* 23. *ex numer.* 45. y el llamamiento mas inmediato es el de los hijos de Don Pedro, en que el segundogenito està primero llamado, y assi parece sin disputa, que no solo ha probado Don Alonso su llamamiento, è inclusion para la succession de este mayorazgo, sino tambien, *casum suæ substitutionis iam pervenisse.*

Exclusion de Don Geronimo Ponçe de Leon, num. 11.

65 Aunque se podia escusar el fundar esta exclusion, remitiendonos à lo que sobre ella estarà fundado por Don Diego Ponçe de Leon, num. 12. pues en esto los dos hermanos coadyuvan vn mismo derecho; sin embargo, porque no convienen sobre el poder, y facultad de Doña Ana, y si por su declaracion se ha de regular la succession, aunque brevemente, se tocarà.

66 No niega Don Geronimo Ponçe, que es hijo menor de Doña Lucia, ac perconsequens, de inferior linea que Don Alonso, y sus hermanos, como hijos de Don Diego su hermano mayor, que la causò, y formò

mò para si, y todos sus descendientes, statim à tempore suæ nativitatis, D. Molina *lib. 3. toto cap. 6.* Gutierrez *cons. 13. num. 12.* D. Castillo *lib. 3. cap. 15. num. 52.* ibi: *Quia quilibet fratrum constituit propriam lineam, & alter de alterius linea non dicitur.*

67 Y assi Don Alonso, y sus hermanos, mediante la prerrogativa de la linea que les assiste, funda en derecho, para que hasta que toda ella se aya evacuado, D. Geronimo se halle excluido, y no pueda succeder, *ex cap. 1. de natura succession. feud.* ex illis verbis: *Ad solos, & ad omnes, qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit, cap. 1. de succes. fratr. leg. 1. §. 1. ff. si Tabulæ testam. nullæ extab. leg. 2. tit. 15. part. 2. leg. 40. Taur.* D. Molin. *lib. 3. cap. 4. num. 13. & 14.* D. Castillo, vbi suprà D. Olea *de cess. iur. tit. 3. quæst. 4. num. 15.*

68 Y para aver de succeder D. Geronimo de linea inferior, era necessaria vna tan clara, y evidente voluntad, que no admitiesse duda, *leg. 1. Cod. de condit. insert.* ibi: *Nisi alia defuncti voluntas evidenter probetur, leg. sed si plures 10. ff. de vulgar. & pup. subst.* ibi: *Nisi forte alia fuerit mens testatoris, quod vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum, leg. libertas 17. §. fin. ff. de manumis. testam.* sin que basten qualesquier argumentos, ò congeturas, D. Molin. *dict. lib. 3. cap. 4. ex nu. 15.* que dize de esta exclusion, ibi: *Esse odiosam, atque irrationabilem, cum adversus iura communia, ac regia introducta sit, & num. 38. 39.* vbi Add. n. 41. D. Larrea *decis. 34. numer. 21. 43. & 44.* D. Castillo *lib. 2. cap. 4. num. 159.* ibi: *Vel per tam evidentissimas, & à iure probatissimas coniecturas, vt salva mente testantis, ab eis recedi non possit,* & agens de casu simili, *in lib. 3. cap. 15. num. 29.* ibi: *Deinde pars adversa, vt filias prædictas excludere posset, quæ ex ordinarijs iuris regulis, & principijs, atque ex præcedentibus vocationibus, & substitutionibus habent fundatam suam intentionem in hac lite, tenebatur dispositionem in contrariam ostendere,*

eam-

eamque talem, ac adeò expreſſam, quod de ea aliquo modo dubitari non valeret, Covar. &c. Rojas *de incompatibilit. part. 1. cap. 6. §. 22. num. 324.* que dà la razon muy de eſta cauſa: *Quia ſucceſsio ei defertur ſuo loco, & gradu, ac ſi maioratus regularis eſſet, & vltra, quod de iure noſtro hoc indubitatum eſt*, llamale indubitado, *ex leg. 13. tit. 7. lib. 5. Recop.* que excluye qualeſquier congeturas que ſe conſideren, no ſolo contra el varon, ſino aun contra la hembra de mejor linea, ibi: *Sino fuere en caſo que el fundador las excluyere, y mandare que no ſuccedan, expreſſandolo clara, y literalmente, ſin que para ello baſten preſumpciones, argumentos, ò congeturas, por preciſſas, claras, y evidentes que ſean*, de qua D. Caſtill. *lib. 4. controu. cap. 56. maximè num. 10.*

69 Y no ſolo tiene contra ſi D. Geronimo la prerrogativa de la linea, y aſsiſtencia de derecho, ſino la voluntad del fundador, manifeſtada por Doña Ana ſu muger, y comiſſaria, que es à la que ſe debe eſtar, *leg. in conditionibus 19. ff. de bendit. & demonſtrationib.* Auth. *de nuptijs, §. diſponat, leg. 40. Taur.* D. Molin. *lib. 1. de primog. cap. 4. à num. 18. & lib. 3. cap. 8. ex princ.* D. Caſtill. *lib. 5. cap. 91. num. 42.*

70 Porque, vt diximus num. 50. primero eſtan llamados los hijos de D. Diego, num. 10. en que ſe incluye, y comprehende D. Alonſo, ſin que eſte llamamiento eſtè limitado, ni revocado, que D. Geronimo, q̃ pretende por el quarto llamamiento, y la ſucceſſiõ ha de ſer por ſus grados, ſin que haſta q̃ ſe evacuen los anteriores, tenga lugar el ſubſiguiente llamamiento, *ex dict. leg. quandiu 69. de adquirend. hæredit. leg. in plurium 70. ff. eodem tit.* ibi: *Nam hoc gradatim conſequitur, leg. 2. §. defertur. de bonor. poſſeſ. ſecund. tab. leg. filius 42. §. penult. ff. de bonis libert.* ibi: *Et ſine dubio, qui ſequentis gradus ſunt, non admittuntur, leg. vnum ex familia 77. §. rogo de legat. 2.* ibi: *Et interim non admittuntur, quandiu præferri alius poteſt, leg. hæredes*

mei 57.§.*fin.ff.ad Trebellian.* ex illis verbis: *Propter gradus fideicommissi præscriptos.* Luego contra los llamados en el grado anterior, mal puede fundar D. Geronimo.

71 Reconocidos estos fundamentos à el tiempo de la vista, se quiso à ellos satisfacer, diziendo, que este mayorazgo, segun la disposicion de Don Juan de Ibayzabal, num. 1. se ha de estimar por de segundogenitura, con incompatibilidad real, y lineal con el del Tesorero Leon, por aquellas palabras de su testamento: *Y quiero, que succeda en ellos el hijo segundo de mis hijas, quien escogiere la dicha Doña Ana Fernandez mi muger*; y que esta debiò no faltar à la orden que se le avia dado, ni tuvo poder bastante para hazerle cō otro incompatible, ni irregular, y que siendo de segundogenitura, aviendo muerto sin succesion D. Pedro, num. 8. y Don Juan, num. 9. hijos primero, y segundo de Doña Lucia, quedò por primogenito D. Diego, num. 10. y por segundogenito D. Geronimo, num. 11. y que por esta causa le toca el mayorazgo, quia sicut sublato primogenito, secundogenitus fit primogenitus, ex Bald. *in leg. 2. de iure emphyt.* ita deficienta secundogenito, tertiogenitus fit secundus quoad succesionem, Menoch. *cons.* 981. *num.* 7. & 8. D. Castill. *lib.* 5. *controv. cap.* 93. §. 1. *num.* 43. *quia ille dicitur secundogenitus, qui reperitur tempore de latæ succesionis*, Mieres *de maiorat.* 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 3. *num.* 12. Rojas *de incompatibilit.* 8. *part. cap.* 7. *ex num.* 3.

72 Conque convinieron D. Diego, numer. 12. y D. Geronimo, num. 11. en impugnar lo ordenado, y dispuesto por Doña Ana, por dezir excediò del poder, reconociendo, que si subsiste, no tienen intento, y que le tiene D. Alonso, que vnicamente ha defendido, y defiende dicha disposicion.

73 A lo qual se responde, que este reparo no es digno de considerarse: Lo primero, porque lo cier-

cierto es,que Doña Ana Fernandez Pablo tuvo facultad libre,y abſoluta para hazer los llamamientos,que quiſieſſe,como queda probado en el primer punto,con que ſe ha de eſtàr à ſu diſpoſicion.

74 Lo ſegundo,porque para que fueſſe mayorazgo de ſegundogenitura,ſe requiere vn perpetuo llamamiento de los ſegundogenitos; y mal puede dezirſe ſer de eſta calidad,por el q̃ es ſingular del hijo ſegundo de qualquiera de las dos ſus hijas,quando el fundador en quanto à los demàs , que avian de ſucceder, diò àDoñaAna la eleccion,y ſin q̃ ninguno otro ſegundogenito,deſpues delprimer llamado,tuvieſſe accion, ni derecho para obligarla à que le llamaſſe;porque el q̃ reſidia en qualquiera de los deſcendientes , era condicional,*ſi ab ea eligeretur* , *leg. vnum ex familia* 67. §. *itaque ſi cum forte* 2.*ff*.*de legat*.2.ibi:*Satis erit vni reliquiſſe , nam poſt quam paritum eſt voluntati , cæteri conditione deficiunt*,vbi gloſſ.verbo : *Conditione , dict. leg.cum quidam* 24.*eod.tit*.

75 Y porque repugna con la facultad de elegir la calidad preciſſa de ſegundogenitura , *leg*. 1. *in principio,& ferè per totum titulum de aſsign.liber. leg*. 2.*ff*.*de optione*,*leg*.D.Molin.*lib*.2.*cap*.5.*numer*. 3. ibi: *Quod ſi is,cui ex diſpoſitione maioratus inſtitutoris eligendi facultas conceſſa eſt,neceſſario aſtrictus eſſet ſemper filium maiorem natu eligere,facultas eligendi inutilis rederetur,quod dicendum non eſt* , & ex adductis,*numer*.28.

76 Lo tercero,porque quando Doña Ana Fernandez huviera muerto ſin hazer eleccion , ò las que huvieſſe hecho fueſſen nulas,el primer llamamiẽto,cuya forma declarò,y expreſſo el fundador , ſe tuviera por diſpueſto ,y ordenado,*ex leg*.33. *Taur*. y en ſu virtud ſuccediera el hijo ſegundo de la hija mayor, y los demàs llamamientos,que no declarò,y los dexò à la eleccion de ſu muger,les ſupliera la ley en forma re-

gular,*ex dict.leg.vnum ex familia* 67.verſ.*Rogo,ff. de leg*.2.D.Gregor.Lop.*in leg.2.tit.15.part.2*.verbo: *En Eſpaña*, verſic.*Sed pone,quod mater*,D.Molina *lib. 2. cap.4.num.42*.alter Molin.*Theologus, diſp. 593. num. 6*.D.Paz *de tenuta,cap.34.num.85*. D. Caſtillo *lib.2. cap.22.num.3*.D.Amaya *in leg.nullus 60.Cod.de decurionibus,lib.10.num.23*.

77 Lo quarto,porque por el primer llamamiento del ſegundogenito,ſolo le tuvo D.Juan, num. 9.ſus hijos,y deſcendientes,y no ſe eſtima por repetida eſta calidad en los demàs,que deſpues ſe ſubſiguen; quando conſta de nueva forma,como en eſte caſo, ex commiſſa electione,por la voluntad expreſſa del fundador,que excluye la repeticion,ad quod etiam ſufficit voluntas coniecturalis,vt cum pluribus tradit Rojas *de incompatib.1.part.cap.8.num.31*.

78 Lo quinto,porque el llamamiento del dicho nieto ſegundo,conceptus fuit in perſonam, llamãdo al hijo ſegundo de la hija,ſin declarar,que fueſſe por cauſa de incompatibilidad con otro mayorazgo; ni dieſſe otra cauſa real,in rem,ſeu maioratum concepta,y ſe eſtima por perſonal,y no real,*leg.ſervus ſi haredi 34.ff.de ſtatu liber.leg.Peto 69.§.fratre de legat. 2. leg.iuris gentium 7.§.pactorum de pactis*,Menoch.*conſ. 753.num.1*.& cum alijs Fuſſar.*quæſt.673.à princ*. D. Caſtillo *tom.6.cap.181.ex num.9*.Rojas 4.*part.cap. 2. num.13.& 24*.& extendi non poteſt vltra illam perſonam vocatam,gradum,aut lineam,D. Caſtillo *tom. 2.cap.4.à num.43.& tom.6.cap.181.ex num. 12*. Fuſſar.*quæſt.450*.latè Rojas *part.4.toto cap.2.maximè ex num.10.& ex num.33*.

79 Lo ſexto, porque eſto es mas cierto, quando el fundador conociò à el que llamò,y pudo tener con èl afeccion eſpecial, ò quando vsò de alguna demonſtracion, que à èl ſolo comprehende, y no à otros;porque en ningun caſo de eſtos, admite extenſion,

ſion,D.Molin.*lib.1.cap.5.num.*20.Rojas *dict.cap.*8.*ex num.*38.*maximè numer.*47.& 48.Julio Caponio *tota diſceptat.*237.& *præcipuè,num.*35.

80 Y el llamamiento de eſte nieto ſegundo, hecho por D.Juan de Ibayzabal,num.1.fue en perſona conocida;porque ſus hijas eran yà caſadas quando teſtò,y tenian yà hijos,y D. Juan Ponçe de Leon, ſegundogenito era yà nacido, y le tratò, y comunicò, conque fue en perſona cierta en quien ſe conſidera eſpecial afeccion;ademàs,q̃ fue del hijo ſegundo de qual quiera de las dos ſus hijas,y ſiendo en eſta forma,es ſub certa demonſtratione,*ex leg.fin.Cod.de hæredibus inſtituend.*Surd.*deciſ.*125.*num.*1.Cyriac. *controv.* 686. *num.*12.& in terminis tradit Rojas *dict.numer.*38. ibi: *Vel filius ſecundus ex Didaco,vel Ildephonſo,vulgo ſuceda el hijo ſegundo de fulano,ò el hermano ſegundo, ò el pariente que fueſſe del tal grado.* Eſte es el exemplo que pone de los llamamientos eſpeciales, con demonſtracion cierta,& idem eſt vocatum fuiſſe ſub certa demonſtratione,ac ſi nominatim,§.*nominatim inſt. de exhæredatione liber.*§.*ſiquis in nomine inſt.de leg.leg. nominatim* 34.*de manumiſſis teſtam.*vbi DD.

81 De que ſe infiere, que Don Geronimo por la diſpoſicion de Don Juan de Ibayzabal ſu abuelo, mal puede incluirſe,ni excluir à los de mejor linea;porque el llamamiento del nieto ſegundo fue perſonal, y limitado à el primer grado.

82 Y ſi ſe replica,que Don Pedro Ponçe de Leon,num.8.primero nieto,hijo de Doña Lucia,poſſeia el mayorazgo del Teſorero Leon,y que aunque el fundador no la expreſsò,eſta ſe ha de entender aver ſido la cauſa de no averle llamado, y aver llamado à el nieto ſegundo,formando vna real incompatibilidad en los dos mayorazgos,ex D.Caſtillo *dict.cap.*181. *num.* 24. verſ.*Ex quorum reſolutione*,Rojas *de incompatib.*1. *part.cap.*8.*num.*33.

No

83 No obsta por lo que queda respondido; ademàs, que dicha sentencia, que se funda en la identidad de la razon, la qual no dixo, ni expressò el fundador, y por ilacion, y congeturas se quiere probar, se limita siempre, que puede considerarse, que concurriò otra razon: vnica enim debet esse ita taliter, vt alia non possit excogitari, vt ex identitate rationis non expressa, sed subintelecta, detur similis extensio, D. Molina *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 9. ibi: *Sed etiam, quando vna sola ratio assignari potest*, D. Castillo *tom.* 6. *controv. toto cap.* 170. *maximè num.* 1. ibi: *Quando vna sola assignari, sivè reddi potest*, & *num.* 6. ibi: *Quæ vna sola potest excogitari*, & *in dict. cap.* 181. *num.* 8.

84 Y para dicho llamamiento ay otras razones, que le pudieron mover, y vàn consideradas, como en especial fue ser en personas, à quienes tratò, y conociò, y con quienes se presume particular afecciõ, como và fundado, y assi no es dudable, que ay otras causas, que pueden considerarse, fuera de la incompatibilidad.

85 Lo segundo, porque aun en el primer llamamiento tuvo eleccion Doña Ana entre los nietos segundos de qualquiera de las dos sus hijas, con que pudo elegir à el hijo segundo de Doña Maria de Ibayzabal, num. 7. y el hijo mayor de esta, no consta tuviesse algun mayorazgo, con el qual el fundador hiziesse incompatible el que fundava; luego esta no fue la causa para llamar à el nieto segundo, sino la personal, y privada por la afeccion, y voluntad que tuvo à estos dos nietos, *ex leg. nec adiecit* 9. *ff. pro socio, cum vulgatis.*

86 Lo tercero, porque si en este hijo mayor de Doña Maria, num. 7. se quiere tambien dar mayorazgo, y por esto inferirse vna incompatibilidad real, para que el de Ibayzabal no se junte con otro mayorazgo, por aqui mal funda Don Geronimo; porque possee otros mayorazgos, y solo Don Alonso se halla sin mayorazgo alguno.

Lo

87 Lo quarto, porque, aunque huviesse sido la causa del llamamiento del nieto segundo, la que se dà por Don Geronimo, y pudiesse estenderse à todos los que aviã de succeder, aun en estos terminos la succesion tocava à D. Alonso: porque, sino se huviera de atender à la disposicion de Doña Ana, y huviera de correr, como quiere D. Geronimo, por la muerte de Don Juan, num. 9. que fue en el año de 1545. entrò D. Diego Ponçe, num. 10. en la succesion de este mayorazgo, como subrrogado en el lugar del nieto segundo, y fuera sin disputa, que hasta que muriò Don Pedro Ponçe de Leon, num. 8. su hermano, que fue en el año de 55. diez años despues, se le avia de tener por legitimo, real, y verdadero successor, y segun graves DD. hasta su muerte, quos refert Aguila 3. *part. cap.* 5. *ex num.* 13. & *ait num.* 20. esse magis communem opinionem.

88 Y para conocer quien despues avia de succeder, se avia de atender à dicho D. Diego, que es la persona por quien vacò el mayorazgo, y à èl, que es hijo segundo dèl, à el tiempo de la dicha vacãte, *ex leg.* 2. §. *in filijs, ff. de decurion. leg. intercidit.* 59. *ff. de condit. & demonstrat. leg. intervenit, ff. de legat. præstand.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 35. & 37. & *lib.* 3. *cap.* 2. *numer.* 16. D. Solorçan. *de Indiar. gubernat. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 3. & *in politic. lib.* 2. *cap.* 20. vers. *En favor de la qual,* Rojas 7. *part. cap.* 6. *num.* 28.

89 Yà se causasse por su muerte, yà por aver despues succedido en el mayorazgo de los Ponçes, porque la vacante, ex causa incompatibilitatis æquiparatur morti, *leg.* 1. §. *sed si patruus, ff. de coniungend. cum emancipat. liber. leg.* 2. *ff. ad Tertulian. leg.* 2. §. *qui habebat. de bonor. posses. contra tab.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 29. & 30. & *lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 15. D. Paz *de tenut. cap.* 34. *ex num.* 17. D. Valenç. *cons.* 83. *num.* 7. D. Solorçano *dict. lib.* 2. *cap.* 19. *num.* 9. & *ex num.* 42.

90 Y entre los hijos del verdadero, y vlti-

mo posseedor, se dividen, y separan los mayorazgos incompatibles, y el segundo era D. Alonso, que estava yà nacido en el dicho año de 55. el qual avia de succeder, *ex expressa decis. leg. 7. tit. 7. lib. 5. Recop.* ibi: *Y el hijo, ò hija segundo* (habla de aquel en quien se causò la incompatibilidad) *succeda en el otro mayorazgo*, Robles *de represent. lib. 2. cap. 6.* D. Castillo *tom. 6. cap.* 178. D. Larrea *decis.* 51. *num.* 12. & 19. Rojas *de incompatibilit. 4. part. cap. 1. num.* 15.

91 Porque por lo resuelto por dicha ley, se regulan las demàs disposiciones, *ex leg. commodissimè* 10. *de liber. & posthum.* D. Larrea, & Rojas, vbi suprà, & idem Rojas 8. *part. cap. 7. num.* 13.

92 Y porque aviendo succedido D. Diego, formò linea para todos sus descendientes, y aviendo hijos, entre ellos se han de dividir los mayorazgos, y no entre sus transversales, vt patet, *ex dict. leg.* & rectè distinguit D. Castillo *dict. cap.* 178. *num.* 2. vers. *Distinguendum*, D. Larrea *dict. decis.* 51. *num.* 18. ibi: *Rursus fratrem præferendum filijs, & descendentibus primogeniti, inde suadetur, quia nunquam pater illorum admitti potuit ad successionem, eo quod alterum maioratum obtinuisset, & non potuit ex illo successio deferri filijs suis, antequam illi ius succedendi competeret*, Rojas 7. *part. cap. 6. num.* 22. & 23. D. Fernand. del Aguila *dict.* 4. *part. cap. 1. num.* 12. & 13. & 8. *part. cap. 8. num.* 2.

93 Lo qual se entiende indistintamente, yà sea la incompatibilidad real, ò personal, porque en vno, y otro caso se ha de hazer la division entre los descendientes del que posseyò, sin que obste, que el llamamiento fue del hijo segundo de qualquiera de las hijas; porque este se evacuò, y tuvo efecto en Don Juan, n. 9. y aora fuera otro caso, y otra vacante, en q̃ volbian à juntarse los mayorazgos, y se subrrogavã en lugar de los hijos de Doña Lucia, los de D. Diego, posseedor por quien se causò la vacãte, vt optimè prę cęteris explicat

Agui-

la *dict.4.part.cap.1.ex num.10. vsque ad num. 14.* his verbis num.13.ibi : *Quando enim maioratus defertur per mortem avi, patruus in linea eius est, & proximior, QVOD SECVS EST, SI PER MORTEM PATRIS DEFERATVR; QVIA TVNC PATRVS EXTRA LINEAM EST. Et hoc est, quod dicitur fratruum vnumquemque constituere diversam lineam à linea alterius fratris, cum tamen omnes dicantur esse sub eadem linea, quando scilicet pater possidet, sed postquam maioratus intravit in linea fratris, distinguuntur, & postergantur omnes fratruum lineæ à linea fratris successoris, & ideò patruus excluditur, quod non sit in linea*, no puede ser mas en terminos.

94 Y no es aplicable à este caso la question, sobre quien ha de ser preferido en el mayorazgo que se dimite, quando se controvierte entre el hijo primero, y segundo del primogenito, y el hermano, en que por cada vno de los tres competidores ay graves fundamentos, y DD. de qua D. Solorçano *de Ind. gubernat. lib.2.cap.19.ex num.28. & in polit. lib. 3. cap. 21.* ex vers. *Pero no obstante*, D. Valençuela *cons.83*. D. Castillo *dict. cap.178.* D. Larrea *dict. decis. 51.* Rojas cum Aguila *4.part.cap.1. & 7.part.cap. 6. num. 23. & 24. & 8.part.cap.7.num.16.* D. Olea *in addit. tit. 3. quæst. 4. post finem quæst.*

95 Porque hablan en los terminos referidos, quando la controversia es entre los mismos descendientes del vltimo posseedor, entre los dos nietos, hijos del hijo mayor, y el hijo segundo, Robles de Salçedo *dict. lib.2.cap.6.num.3.* ibi: *Finge duorum maioratuum vltimum possessorem deccessisse relictis duobus nepotibus ex prædefuncto primogenito, & filio secundogenito*, D. Castillo *toto cap.178. maximè num.4. & 9.* D. Solorçan. *dict. cap.19. num.1.* ibi: *Huius filius, & sic nepos deccessoris; ad eam admittendus sit, vel excludendus à patruo suo*, D. Larrea *dict. decis. 51. maximè num. 8.*

&

& 19. y fuera la misma question, si à el tiempo que murió D. Diego, num. 10. D. Diego su hijo, num. 12. tuviesse yà hijos, y estos tambien litigassen; pero no los teniendo, como no los tenia, y estimada esta incompatibilidad, y à D. Diego, num. 10. por posseedor, D. Alõso se halla solo, y D. Geronimo, vt ait Aguila, *est extra lineam*.

96 Vlterius, que aunque todo esto cessarà, la incompatibilidad se presume, *ex causa, ne nomen, & arma confundantur*, cuyo gravamen de armas, y apellido se impuso por el fundador, y es la causa mas comun de semejantes incompatibilidades, Robles de Salçedo *dict. cap. 6. num. 8.* D. Castillo *dict. cap. 178. num. 14. & 18.* D. Larrea *vbi suprà num. 10. & 17.* ibi: *Semperque interpretari debet dispositio, vt testator velit, ne familia sua, & arma cum alijs confundantur, ex Paris. & Roland. Mieres 2. part. quæst. 4. illat. 8. num. 120. & cum is regularis effectus dispositionis, quæ concursum maioratus impedit, semper pro expresso haberi debet*, Add. ad D. Molina *lib. 3. cap. 2. num. 28.* Rojas *de incompatibilit. 3. part. cap. 5. num. 30.*

97 Y la incompatibilidad, ex dicta causa, es personal, y no lineal, en cuyos terminos succede el hijo, ò nieto de la anterior linea, que se hallare sin otro mayorazgo, vt ait Rojas *7. part. cap. 6. num. 54.* & facit D. Olea *in dict. addit. num. 7.* ibi: *Sin vero exclusio personalis sit, filius primogenitus succedet, excluso patruo, & filio secundogenito.*

98 Y assi lo ordenò el fundador, llamando à el nieto segundo, que era el mas inmediato, y siguiente en grado à Don Pedro, que no tenia hijos, por cuya causa no los pudo llamar, como bien advierte, in simili casu, D. Castill. *lib. 3. cap. 15. num. 20. vers. Deinde respondetur*; sin embargo de ser vno, y otro de vna linea, como hijos de Doña Lucia, & cum concursus prohibeatur, non apud eamdem lineam; sed apud eumdem

suc-

fuccessorem, personalis dicenda prohibitio, Aguila ad Rojas 4.*part.cap*.1.*num*.2.conque por qualquier modo que D.Geronimo discurra en la fundacion, ex dispositione de Don Juan de Ibayzabal su abuelo, se halla excluido.

99 Y si vltimamente se vale del quarto llamamiento de Doña Ana, en que dispone, que si Don Diego Ponçe de Leon, por muerte de sus dos hermanos sucediere aun tiempo en los dos mayorazgos, en este litigioso; y en el del Tesorero Leon, passasse este à el hijo mayor varon de Doña Lucia, que tuviere de otro matrimonio: y dize, que sucediò este caso, porque à vn mismo tiempo por muerte de Don Pedro, que fue como và dicho en el año de 55.vacaron ambos mayorazgos, y que D.Diego solo succediò en el del Tesorero Leon; y el de Ibayzabal passò à dicho D.Geronimo, y que el llamamiento de D.Diego, hecho en tercero lugar, se ha de entender en su caso, quando no à vn mismo, sino en diversos tiempos succediesse en los dos mayorazgos, mas no en este, en que à vn mismo tiempo se diò la vacante de ambos, *ex leg.si ita quis* 21.*ff.de vulg.* ibi: *Non enim videtur in hunc casum substitutus, leg. qui habebat* 47.*eod.tit.leg*.1.§.1.*ff.de bonor.poss. contr. tab.*Peregrin.*de fideicomm.art*.29.*num*. 27. Casanat. *cons*.36.*num*.37.Addentes ad D.Molin. *lib*. 1.*cap*. 1. vers.*Ex quo infertur*.

100 Se le responde, que si dize, que Doña Ana no pudo hazer llamamientos irregulares, ni incompatible este mayorazgo cō otro, mal puede fundar su inclusion, y derecho en fuerça de llamamiento, que le impugna, y estima nullo, *ex leg. non putavit* 8.§.*non quævis.de bon.poss.contr.tab.cap.non præstat, de reg.iur.in* 6.vbi Barbos.& DD.

101 Lo segundo, que Doña Ana Fernandez la Comissaria, comprehendiò dos casos; el vno, en que D.Diego no entrasse en ambos mayorazgos à vn tiem-

po,y en este le llamò en su lugar antes que à los demàs hijos que despues tuviesse Doña Lucia;el otro, el que refiere en el llamamiento quarto de succeder à vn tiẽpo en ambos mayorazgos,y en este no le llama, y prefiere à Don Geronimo,y atendida toda la disposicion; lo cierto es,que no succediò à vn tiempo en ambos mayorazgos,porque en el del Tesorero Leon succediò por muerte de Don Pedro Ponçe de Leon su hermano,en el año de 1655.y en el de Ibayzabal nunca entrò,por averle sobrevivido Doña Lucia su madre, que quedò por vsufructuaria,dueña,y posseedora,vt constat ex clausulis suprà deductis num.14. Luego no llegò el caso en que intenta fundar Don Geronimo, y se le excluye,ex eisdem legib. & DD. quos refert, quia nõ in hunc casum substitutus fuit, Cyriac.*controv.*281 *num.*56.ibi: *Nam prædictæ dispositiones restringuntur ad casus dispositos,& illis evenientibus*, Marinis *lib.*2. *resolut.cap.*126.*num.*21.

102 Maximè,aviendo vsado de los terminos,y dicciones restrictivas,y limitativas: *De manera, que à vn tiempo,que en este caso succeda*,cuya virtud es restringir la disposicion à el caso expresso,sin que pueda estenderse à el que literalmente no estè prevenido, maximè para excluir à los de mejor linea, Mieres *de maiorat.*2.*part.quæst.*6.*num.*99.D. Molina *lib.*3.*cap.* 15.*num.*67.D.Castillo *lib.*3.*cap.*15.*num.*20.

103 Y que en este sentido hablò la Comissaria, resulta,porq̃ previno,que con este gravamẽ,Doña Lucia huviesse de posseer por susdias,se entẽdiessen todos los llamamiẽtos,y acava la clausula,ibi: *Y que despues de la muerte de la dicha Doña Lucia,gozen el dicho vsufructo los dichos llamados,como dicho es*, conque desde entonces los considerò por posseedores,y no antes, respecto de que no avian de gozar.

104 Y se reconoce con evidencia, porque de no entenderse asi,jamàs podia verificarse el llamamien-

miento de Don Diego;pruebaſe,porque,como conſtà de la miſma diſpoſicion,Don Pedro,num. 8.yà poſſeia el mayorazgo del Teſorero Leon,ibi:en el quarto llamamiento: *Que es el miſmo que ha,y goza,y tiene el dicho Don Pedro Ponçe de Leon ſu hermano*, no llama à Don Diego,ſino deſpues de fenecidas las lineas de D. Juan,yDon Pedro ſus hermanos mayores,vt patet,del ſegundo, y tercero llamamiento:en eſtos terminos; quien podia ſucceder en el mayorazgo del Teſorero Leon,ſino Don Diego?en eſte miſmo caſo le llama para el de Ibayzabal,luego preciſſamente,ſi àDoña Lucia no ſe le eſtimava por poſſeedora,y la ſucceſsion no la entendia con efecto,con el gozo,y vſufructo,à vn tiẽpo ſiempre avia de ſucceder en ambos mayorazgos, y nunca obtendria el de Ibayzabal,eſto es inconſequente à el expreſſo llamamiento,que en èl avia hecho; luego el ſucceder en ambos mayorazgos à vn tiempo,entendiò con efecto ſobreviviendo à Doña Lucia ſu madre, y à los demàs ſus hermanos,porque no ſe preſume que ſe quiſo enmendar incontinenti,vt diximus num. 39. ni que puſo clauſulas repugnantes,y contrarias, como ſe funda ex numer. 55.ni que todo vn llamamiento quedaſſe ineficaz,ſuperfluo,y ſin efecto, quando ni de vna diccion,ni ſylava ſe admite,y para que no ſea ſuperflua ſe deben impropiar las palabras, recibiendolas aun en el ſentido menos propio,*vt ex leg. ſi duo* 110. *de legat.* 1. *leg. generali* 30.§.1. *de vſufruct. legat.* D. Caſtill. *lib.* 4. *controv. toto cap.* 38.

105 Y el argumento à ſuperfluitate vitanda,es muy valido, y de grande fuerça, y autoridad, quando del todo alguna parte de la diſpoſicion queda ineficaz,vt ex Mantica *de coniectur. vltim. volunt. lib.* 3. *toto tit.* 6. Caſanate *conſ.* 4. *num.* 171. *&* *conſ.* 10. *numer.* 58. *&* 65. D. Caſtillo,& alijs docet D. Larrea *deciſ.* 61. *num.* 20. 21. *&* 22. y aqui el llamamiento de D. Diego fuera del todo ineficaz, inutil,è irriſorio,y ſino, deſe

dese caso mas que el propuesto en que pudiesse verificarse, y tener efecto.

106 Lo tercero, porque llamò à D. Diego, y despues à sus hijos, con substituciones, y llamamientos distintos, y separados, y en el quarto llamamiento de que se vale Don Geronimo, no dize, que si D. Diego à vn tiempo succediere en ambos mayorazgos, no succedan sus hijos, sino que no succeda Don Diego, con que el llamamiento primero, literal, y anterior de los hijos, quedò en su fuerça, y solo Don Geronimo podia intentar el suyo, si quando vacò el mayorazgo, D. Diego no tuviesse hijos, porque estos pretenden por su llamamiento distinto del de el padre, y anterior à el de Don Geronimo, no revocado, ni corregido, optimè D. Castillo *lib. 3. controv. cap. 15. ex num. 21.* ferè in finem, sigue esta sentencia, y la funda latamente, ibi: in nu. 21. *Et clarè probatur ex verbis institutionis vtriusque maioratus, quia in vtroque expressim vocantur, atque specialitèr filij, nepotes, & descendentes, dicti D. Alfonsi post eum: postea autem quando excluditur is, qui in dicto maioratu principali successerit, exclusio personalis fit eius dumtaxat, quem sic contingat succedere, cæterum filiæ descendentes ipsius, qui antea in dispositione principali tam expressè, atque specialitèr fuerunt vocati post patrem suum, nequaquam propter hunc casum excluduntur à fundatoribus, sed personalis dumtaxat fit (vt dixi) non verò realis, aut linealis exclusio, vt ex verbis dictarum clausularum manifestè colligitur.*

107 Y esto mismo repite, toto ferè, *cap. 188. tom. 6. & signantèr num. 2.* vers. *Verum*, ex illis verbis: *Ex propria quoque persona admitti non poterunt, quoniam se vocatos, aut propriam vocationem habere non ostendunt*, & in vers. *Multum itaque*, ibi: *Nec de filijs, aut descendentibus filij maioris, mentio, aut vocatio aliqua fiat*, y mas abaxo: *Nec de filijs, aut descendentibus filij maioris, aut primo loco vocatio mentione facta*, & latè

latè in verſ. *Diſtinguendum, & in num.7. & ſequent.*

108 Fundalo latamente: Lo primero, porque conſta del llamamiento de los hijos, y no de la excluſion, y eſta, ni ſe debe ſuplir, ni adivinar, cum in verbis diſpoſitionis non reperiatur expreſſa, vt cum Surdo *lib.3. conſ.416. num.13.* Pariſ. Alexand. & alijs tradit num.21. & 22.

109 Lo ſegundo, porque no ſe debe preſumir, ni es veroſimil, que los menos dilectos, y que llamò en vltimo lugar, ſe prefirieſſen à los predilectos antes llamados, *ex leg. ſi ſervus plurium* 53. §. *fin.* ibi: *Et legatarij charitas, ff. de legat.* 1. *leg. Lucius*, §. *pater, ff. ad Trebell.* por cuya razon la excluſion de vna perſona, no ſe eſtiende à otra, & ſi caſus ſit ſimilis, vt cum Burgos de Paz *conſ.29. numer.* 52. & 61. Simon de Prætis, Mieres, & alijs probat idem D. Caſtillo *num.*24. & 25.

110 Lo tercero, por ſer en competencia de perſonas, à quien no conociò el fundador, como aqui Don Geronimo, que no era nacido, en que eſtima por indubitado, que los hijos del primero llamado, que ſe hallan con literal llamamiento, han de ſer preferidos, aunque el padre ſea excluido en el caſo de poſſeer otro mayorazgo, *ex leg. alumnæ* 30. §. *qui filias, ff. de adimend. legat.* ibi: *Reſpondi non à tota voluntate receſſiſſe videri; ſed ab his tãtum rebus, quas reformaſſet*, D. Caſtill. ibi: *Et quia lineæ filiorum alicuius præcedentes in ordine ſcripturæ, lineis aliorum, qui poſt eos vocantur, præferũtur omnino in ordine ſucceſſionis, leg. generaliter, §. quid ergo, ff. de fideicomm. libert. leg. cum pater, §. penult. ff. de legat.* 2. Cardinal. Mantic. *de coniect. vlt. volunt. lib.*8. *tit.*8. *num.*19.

111 Y mas abaxo, *ex num.*26. ibi: *Quis ergo negavit, contra omnem rationem, & manifeſtam inſtitutorum voluntatem eſſe, dicere, quod ſic generaliter comprehenſa, & non ſpecialiter vocata, velit præferri ſpreſſim, atque ſpecialiter vocatis, maximè cum voca-*

tio illius non aliter comprehendatur, quam in defectum, D.D. Alphonsi Davalos, & omnium descendentium eius: sicut contra rationem iuris est dicere, quod secundus gradus, primum, vel tertius, secundum præcedat, eumque excludat, leg. potest, ff. de vulgari, & pupill. subst. hasta aqui el señor Castillo, y por otros principios que latamente funda.

112 Hazese cargo de lo, que puede dezirse por D. Geronimo, que el llamamiento de los hijos de Don Diego, se ha de estimar como accessorio, y dependiente del de el padre, y que estando este revocado, ò quedando sin efecto, lo quedã todos ellos: y lo tiene por desestimable en succesion perpetua, y de mayorazgo; porque cada substitucion es indepẽdiente de la otra, y à quien succeden, es al fundador, de donde dimanan, y no al vltimo posseedor, vt rectè ait, *ex leg. vnic. §. pro secundo, & §. sin autem aliquid sub conditione, Cod. de caduc. tollend. leg. quandiu la 3. §. si autem, ff. de adquirend. hæredit.* & cum D. Molin. *lib. 1. de primog. cap. 1. num. 17. & lib. 3. cap. 6. num. 39.* Mieres 2. *part. quæst.* 10. *num.* 4. idem D. Castillo *dict. cap.* 15. *numer.* 44. & 57. vers. *Et primo*, his verbis: *Facilè, & verè fundamento huic respondetur; quoniam certissimum est, quod in casu præsenti plures substitutiones sunt in vnoquoque gradu, & tot equidem, quot fuerunt personæ vocatæ: & quod vnaquæque est de perse, neque vna dependet ab alia, & sic omnes vocati iure propio ad successionem admittuntur, vt Molin. Mier. & cæteri adducti suprà in 4. fundam. observarunt: & sic cum vnaquæque substitutio de perse subsistat, defectus substitutionis patris, non modo, non nocet filijs, sed potius efficit, vt ipsi statim admitti debeant ex propia substitutione, vt ipsemet Molin. & Mieres in eisd. loc. latius probarunt.*

113 Et iterum videndus num. 61. ibi. *Qui Authores loquentes in nostris terminis limitant regulas prædictas, vt ipsæ non procedant, quando aliquis ex his,*

qui

qui descendit à persona, prætenderet ius ex verbis dispositionis, VEL ALICVIVS SVBSTITVTIONIS, & diceret se vocatum in aliqua parte, & nunquam exclusum, & ita expressim admittit, Menoch. *dict. cons.* 318. *num.* 30. *lib.* 4. *&c.* Y advierte, como esta limitacion la confiessan, y reconocen los que siguieron la opinion contraria, & idem tradit, *tom.* 6. *cap.* 181. *num.* 24. *circa finem*, & D. Paz *de tenut. cap.* 32. *num.* 48.

114 Lo segundo se responde, que à el padre se le excluye, si à vn mismo tiempo entrare à posseer los dos mayorazgos, cuya causa cessa, y no puede militar en D. Alonso su hijo, que no possee alguno, & cum in filijs non durat exclusionis ratio, eis exclusio non nocet, quia semper restringitur ad suam causam, *leg. si is qui* 31. *ff. de inoffic. testam. leg. Cancellaverat* 2. *ff. de his, quæ in testam. delent.* Alexander *cons.* 75. *ad finem, lib.* 1. & cum Bart. & Mantic. D. Castill. *dict. cap.* 15. *n.* 59. *vers.* 2. *respondetur, & in num.* 61. *& latius, numer.* 63. *vsque ad numer.* 70.

115 Maximè, quando no necessitan de representar à su padre, por hallarse con separado llamamiento, ex doctrina Barth. *in leg.* 1. *§. si sit nepos, ff. de collat. dotis, & in leg.* 1. *§. si sit filius, ff. de coniungend. cum emanc. liber.* & cum D. Molina, Mantic. Peregrin. & plurib. alijs D. Castill. *dict. cap.* 15. *ex num.* 70.

116 Lo tercero, que el llamamiento de D. Geronimo se entiende, sub conditione, si Don Diego, que no fue del todo excluido, sino en cierto caso, *sine liberis decesserit, ex leg. cum avus* 101. *de condit. & demonstrat. leg.* 10. *tit.* 4. *part.* 6. D. Castillo *dict. cap.* 178. *num.* 5. Rojas 7. *part. cap.* 6. *num.* 23. vbi Aguila *numer.* 53. ibi: *Quæ omnia cautè intelligenda, & observanda sunt propter favorem lineæ primogeniti, quæ semper à lege, & à testatore, solet preferri, nec exclusam esse censetur, nisi expressè. Menoch. cons.* 227. *num.* 3. *& cons.* 822. *num.* 14. *ex cons.* 826. *& cons.* 768. *& tunc lex, vel*

testa-

teſtator, filij ſecundi, vel patrui ſucceſsionem, admittere videtur, cum ex filio maiori non eſt ſucceſsio, ex leg. cum avus de condit. & demonſt. facit. leg. 2. tit. 15. part. 2. docet hic author. num. 23. & 24. & videndus Anton. Gomez 1. *tom. variar. cap. 5. num. 32.* verſ. *Quod notabilius*, & verſ. *Ex quo infer.* vbi Ayllon.

117 Lo quarto, que ſi la excluſion de Don Diego ſe entendiera, como quiere Don Geronimo, y eſta ſe eſtendiera à ſus hijos, quedara ſuperflua, è ineficaz toda la tercera claſſe de llamamientos, hecha en D. Diego, y en ſus hijos, y demàs deſcendientes, quod omnino vitandum, como và fundado ex num. 103.

118 Y aſsimiſmo no tiene lugar dicha opoſicion, quando la excluſion no fue abſoluta, ſino limitada à algun caſo, como aqui, ſi poſſeyeſſe el mayorazgo de los Leones; porque como en los demàs caſos ſe eſtimò por capaz, y pudo ſucceder, eſta capacidad es baſtante para incluir à ſus hijos, y à ſu linea, por linea de ſuccesſion, non enim fuit excluſus à tẽpore nativitatis, & ius habituale habuit, quod apud filios remanet, Caldas Pereyra *de nominatione emphyt. quæſt. 14. nu. 7.* & cum Emmanuel Coſta, Peregrino, & alijs D. Caſtillo *vbi ſuprà ex num. 76.* que aſsienta ſer tan comun ſentencia, que por ninguno ſe ha negado, ibi: *Quæ doctrina, & reſolutio communis eſt, & eorum teſtimonio probatur, qui hucuſque in propoſito ſcripſerunt*, Giurba *de ſucceſ. fæud. §. 2. gloſſ. 6. num. 81.* cuyas palabras muy del intento tranſcrive Aguila ad Rojas 4. *part. cap. 1. num. 16.*

119 De que ſe infiere, que ni por el teſtamento de D. Juan de Ibayzabal, ni por lo ordenado, y diſpueſto por Doña Ana Fernandez ſu muger; puede fundar en eſta vacante ſu derecho D. Geronimo, y que ſe le excluye legitimamente por D. Alonſo.

EX-

EXCLVSION DE DON DIEgo Ponçe de Leon. numer. 12.

120 Don Diego Ponçe de Leon reduce su defensa à dos medios, y por ellos quiere incluirse: El primero, le funda impugnando la disposicion de Doña Ana Fernandez, diziendo, que no pudo hazer llamamientos irregulares, ni constituir incompatibilidad entre el mayorazgo de Ibayzabal, con el del Tesorero Leon, y que como hermano mayor ha de obtener; à lo qual està respondido por todo el primer punto de este informe.

121 En el segundo medio, dize: Que aunque se huviesse de estàr à lo dispuesto, y declarado por Doña Ana Fernandez, el llamamiento de los hijos de Don Diego, es referente à los primeros, sin excluir à el hijo primogenito; à esto tambien està respondido, y fundado lo contrario, *ex num.* 51. conque queda probado, que à quien toca la succession de este mayorazgo, es à Don Alonso Ponçe de Leon, y assi espera que se ha de estimar: Salva in omnibus D.V.D.C.

Licenc. Don Estevan Ioseph de Zaldierna y Mariaca.
Cathedratico de Codigo mas antiguo.